

heberrechtsschutz nicht (mehr) gefordert⁸⁹⁶. Schon bei den Vorgängern des heutigen Urheberrechtsgesetzes genossen Waren- und Preisverzeichnisse, Rezeptsammlungen, Adressbücher und Veranstaltungsprogramme, also vom Menschen erzeugte Güter, die zwar nützlich und in ihrer speziellen Gestaltung eigentümlich sein konnten, kulturell hingegen keinerlei Rolle spielten, den starken Schutz dieses Ausschließlichkeitsrechts⁸⁹⁷. Der Gesetzgeber stellte in der Begründung zum Urheberrechtsgesetz 1965 klar, dass an dieser Rechtslage festgehalten werden sollte⁸⁹⁸.

Dennoch drängt sich angesichts der überaus kontroversen Diskussion⁸⁹⁹, die dem Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen vorausgegangen war, auf, dass dieser Schritt für die Geschichte des Urheberrechts einen wesentlichen Einschnitt bedeutete. Dem wird im folgenden Abschnitt nachgegangen.

Offenkundig ist, dass das Urheberrecht mit seinem im 1. Teil beschriebenen klassischen kulturellen und künstlerischen Ansatz nicht für den Schutz reiner Wirtschaftsgüter konzipiert wurde. Die sich im Gesetz widerspiegelnde Vorstellung vom Werk als einem personenbezogenen immateriellen Gegenstand, scheint auf solche Schutzgegenstände nur schwer übertragbar. Was aber macht das Computerprogramm im Vergleich zu anderen Werken der kleinen Münze zu einem besonderen Schutzgegenstand? Es wird sich zeigen, dass diese Frage im Detail nicht ohne Weiteres zu beantworten ist. Um dem auf den Grund zu gehen, soll die Geschichte des Urheberrechtsschutzes dieser Werkart dargestellt und anhand dieser versucht werden, deren Besonderheiten aufzuzeigen. Hieraus wiederum sollten sich Schlussfolgerungen auf die Gesamtwirkung des urheberrechtlichen Computerprogrammschutzes für das Urheberrechtsgesetz ziehen lassen.

II) Der Rechtsschutz von Computerprogrammen

A) Internationale Entwicklung

Prägnant für die Entwicklung des Schutzes der Computerprogramme durch das deutsche Urheberrecht und allgemein für die Fortentwicklung der nationalen Bestimmungen in diesem Rechtsgebiet waren von Anfang an die internationalen Verflechtungen.

896 Vgl. im Einzelnen hierzu *Thoms*, S. 19 – 44.

897 Vgl. *Thoms*, S. 44.

898 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

899 Hierzu sogleich, Punkt II.).

Die Ursprünge des Rechtsschutzes von Computerprogrammen finden sich in ersten Copyright-Anmeldungen für Software in den USA aus dem Jahre 1961⁹⁰⁰. Ausgehend von der damaligen Zurückhaltung bei der Gewährung von Patentschutz für Software durch die amerikanischen Gerichte⁹⁰¹ – und der erkannten Notwendigkeit eines Investitionsschutzes in diesem Bereich – entwickelte sich in den folgenden Jahren die konstante Rechtspraxis, Computerprogramme dem Schutz des Copyrights zu unterstellen. Im Jahre 1978 wurde dann der „*Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*“ (CONTU) veröffentlicht, in dem eine Ergänzung des Copyright Acts in diese Richtung empfohlen wurde⁹⁰². Auf diese Weise sollten bestehende Schutzlücken geschlossen und das Erfordernis eines neuen Schutzrechtes umgangen werden.

Diese amerikanische Rechtsprechungspraxis hat in der Folgezeit die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes für Computerprogramme wesentlich geprägt. Einerseits um den erheblichen, stetig ansteigenden Verlusten der Software-Industrie durch die Piraterie vor allem im Raum Südasiens entgegenzuwirken, andererseits, um den bereits bestehenden internationalen Rechtsrahmen auf dem Gebiet des Urheberrechts nebst Mindestrechten und Inländerbehandlung⁹⁰³ für die Zwecke des Softwareschutzes fruchtbar zu machen, übten die Vereinigten Staaten in den achtziger Jahren auf breiter Ebene außenpolitischen und wirtschaftlichen Druck aus, um die Interessen der einheimischen Softwareindustrie an urheberrechtlichem Schutz weltweit durchzusetzen⁹⁰⁴. Als Mittel hierfür wurden Handelssanktionen und die Verweigerung bilateraler Wirtschaftsabkommen eingesetzt. Selbst Deutschland wurde noch 1991 auf einer sog. „*Watch List*“ geführt, mit der Begründung, keinen ausreichenden Urheberrechtsschutz für Computerprogramme zu gewährleisten. Dieses außenpolitische Engagement führte fast überall auf der Welt zum Erfolg, teils direkt, teils über den Umweg der ebenfalls von den USA erheblich beeinflussten internationalen Abkommen (RBÜ, TRIPS, WCT), sodass heute die meisten Staaten der Erde einen urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme vorsehen. Das

900 *Dreier* in Computerprogramme II, S. 31 (33).

901 *Dreier* in Computerprogramme II, S. 34.

902 *Dreier* in Computerprogramme II, S. 33.

903 Insbesondere ist hiermit das WUA gemeint. Der RBÜ sind die USA erst im Jahre 1989 beigetreten, vgl. hierzu *Baumgarten/Meyer*, GRUR Int. 1989, S. 620 ff.

904 *Dreier* in Computerprogramme II, S. 38 f.; auf diese Weise wurde etwa der unten beschriebene Entwurf eines Sonderrechtsschutzes in Japan zum Scheitern verurteilt. Die USA drohten mit Retorsionsmaßnahmen, falls dieses vom japanischen Wirtschaftsministerium vorgeschlagene Konzept umgesetzt würde, vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 15 (18). Vgl. eingehend zur Einflussnahme der USA auf das internationale Urheberrecht durch Ausübung außenpolitischen – insbesondere wirtschaftlichen – Druck die Dissertation von *Haedicke, passim*.

gilt aufgrund bilateraler Wirtschaftsabkommen zum Beispiel auch für die Mehrzahl der osteuropäischen Staaten einschließlich der ehemaligen Sowjet-Republiken⁹⁰⁵.

Bemerkenswert ist diese Entwicklung zum einen, da noch Mitte der achtziger Jahre, zu einer Zeit, als erst sehr wenige Länder gesetzliche Regelungen für Computerprogramme vorsahen⁹⁰⁶, es durchaus einige, auch – aus Sicht der internationalen Softwareindustrie – wichtige Länder gab, die mehr einem Sonderschutz zugeneigt waren als der Einbeziehung in das bestehende System des Immaterialgüterrechts. So verkörperte ein Gesetzesentwurf in Japan aus dem Jahre 1983 ein Modell des Sonderrechtsschutzes, das zwar in wesentlichen Zügen dem Urheberrecht entlehnt wurde, jedoch angepasste Regelungen über die Schutzdauer und spezielle Nutzungsrechte enthielt sowie das Konzept eines Registrierungssystems vorsah⁹⁰⁷. Ähnliche Entwürfe wurden 1984 in Frankreich und Brasilien vorgelegt. Es ist belegt, dass sowohl auf Japan als auch auf Brasilien angesichts dieser Tendenz durch die USA erheblicher Druck ausgeübt wurde und dass es daher zu einer Umsetzung nie kam⁹⁰⁸.

Bemerkenswert ist dieser Einfluss der Entwicklung des Softwareschutzes durch die USA außerdem deshalb, da sich auch die WIPO bereits in den siebziger Jahren mit der Problematik auseinander setzte, die hier gefundenen Lösungsansätze sich jedoch nicht gegen das amerikanische Modell durchsetzen konnten⁹⁰⁹. Nach sechsjähriger Forschungsarbeit einer Beratergruppe, die aus Regierungs- und Nichtregierungsachverständigen zusammengesetzt war, veröffentlichte die WIPO im Jahre 1977 Mustervorschriften für den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁹¹⁰.

Diese verkörperten ein Modell des Sonderschutzes, das zwar in den Grundzügen auf den dem Urheberrecht entlehnten konzeptionellen Elementen basiert, jedoch auch wesentliche Bestandteile aus dem Patent- und Wettbewerbsrecht enthält. Durch diese Kombination unterschied sich das Modell der WIPO in verschiedener Hinsicht von den Bestimmungen des internationalen und des deutschen Urheberrechts erheblich. Schon in der Begründung wird deutlich, dass das Schutzkonzept rein wirtschaftlichen Belangen folgt⁹¹¹.

905 Eine Ausnahme macht Bulgarien, das einen Sonderrechtsschutz für Computerprogramme eingeführt hat, vgl. *Dreier* in Computerprogramme II, S. 42; *Kolle*, ZUM 1985, S. 15 (17).

906 Ausnahmen stellten damals die bereits implementierten Regelungen in den USA, den Philippinen, Ungarn und Australien dar, vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 15.

907 Vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 16.

908 *Haedicke*, S. 158; *Kolle*, ZUM 1985, S. 18 f.

909 *Haberstumpf* in Computerprogramme II, S. 69 (74).

910 Abgedruckt in GRUR Int. 1978, S. 286 ff.

911 Die Tatsache, dass der Geheimnisschutz (vgl. hierzu im geltenden Recht §§ 17, 18 UWG) bei den Mustervorschriften eine erhebliche Rolle spielt, zeigt, dass diese auf die damals gängige Praxis bei der *Nutzung* von Computerprogrammen zugeschnitten sind. In den siebziger Jahren war der Schutz der Geheimhaltung von Software deshalb wichtig, da diese meist nur in Unternehmen zum Einsatz kam und es sich dabei größtenteils um Individualsoftware handelte, die unmittelbar an die individuellen Belange angepasst war. Man war sich jedoch schon da-

So geht aus den Erläuterungen klar hervor, dass man den Schutz von Software nur aus Gründen der Innovationsförderung, des Investitionsschutzes und des internationalen Handels für erforderlich hielt⁹¹². Auch deshalb entwarf die WIPO einen Sonderschutz entgegen dem Softwareschutzkonzept nach amerikanischem Vorbild, der jedoch die Grundzüge des kontinentaleuropäischen *Droit D'Auteur* berücksichtigte. Persönlichkeitsrechte, die für Computerprogramme als irrelevant angesehen wurden, enthielt der Entwurf indes nicht. Dies wurde aus Sicht der Notwendigkeit internationaler Harmonisierung⁹¹³ wohl deshalb für sinnvoll gehalten, da ein internationaler Konsens aufgrund der Divergenzen über den Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz ansonsten möglicherweise gescheitert wäre.

Der Entwurf der WIPO fand bei anderen nationalen und internationalen Urheberrechtsorganisationen unterschiedlichen Anklang. Die „Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“ befürwortete in einer Mitteilung aus dem Jahre 1979 den Entwurf⁹¹⁴ nur in seinen Grundzügen. Einem Sonderschutz für Software stand man dabei ebenso ablehnend gegenüber wie den meisten dem Wettbewerbsrecht entlehnten Elementen, soweit diese dem Urheberrechtskonzept nicht entsprachen. Die vorgeschlagene Verkürzung der Schutzfrist auf 25 Jahre wurde als verfassungsrechtlich bedenklich und als – aus Gründen des öffentlichen Interesses – nicht geboten, ebenfalls zurückgewiesen⁹¹⁵. Allgemein sprach man sich für eine Verankerung des Softwareschutzes im Urheberrecht aus. Soweit die Mustervorschriften der WIPO dem urheberrechtlichen Regelungsmodell entsprachen, wurden sie mithin von der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht auch befürwortet.

Im Gegensatz zu der ablehnenden Haltung in Deutschland begrüßte die „Internationale Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz“, die sich im Vorfeld selbst für einen „Schutz *sui generis*“ an Softwareprodukten ausgesprochen hatte, den Ansatz der WIPO⁹¹⁶.

mals bewusst, dass der Trend auch zur Massenproduktion/-nutzung von Standardsoftware gehen würde, vgl. Erläuterungen zu den Mustervorschriften, GRUR Int. 1978, S. 287. Allerdings ist es auch heute noch gängige Praxis, den Quellcode des Programms nicht offen zu legen, also geheim zu halten. Die Nutzer des Programms sind daher nicht in der Lage zu erkennen, was das Computerprogramm in seiner eigentlichen Form ausmacht, insbesondere auf welchen technischen Regeln seine Funktionsweise basiert. Sie erkennen bestimmungsgemäß nur die tatsächliche Arbeitsweise des Programms und die Bildschirmdarstellung. Geheimhaltung des Programms in seiner eigentlichen Form spielt daher auch heute noch eine wichtige Rolle. Zur Handhabung bei sog. Open Source Software vgl. unten Fn. 1017.

912 GRUR Int. 1978, S. 286 f.

913 GRUR Int. 1978, S. 287.

914 GRUR Int. 1979, S. 300 ff.

915 GRUR Int. 1979, S. 305.

916 Bericht über den XXX. Kongress der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz in München, GRUR Int. 1978, S. 430 (431 f./441).

Dennoch kam es zu einer Ratifizierung des Softwareschutzrechts nach den Entwürfen der WIPO nie. Vielmehr wurde die Organisation aufgrund der Einflussnahme der USA dazu gebracht, das Konzept nicht mehr weiter zu verfolgen. Bis zur (ausdrücklichen) Aufnahme der Computerprogramme in ein internationales (Urheberrechts) Abkommen vergingen sodann fast 20 Jahre. Erst mit der Verabschiedung des TRIPS⁹¹⁷-Abkommens im Jahre 1994 gelang eine internationale Implementierung des Softwareschutzes⁹¹⁸. Nach Art. 10 Absatz 1 TRIPS genießen Computerprogramme urheberrechtlichen Schutz. Neben der eigentlichen Schutzfähigkeit von Computerprogrammen stellten sich die Verhandlungen über den Umfang des Schutzes auf internationaler Ebene höchst kontrovers und schwierig dar⁹¹⁹. Auch diesbezüglich waren es allen voran die USA, die sich für einen sehr starken Schutz einsetzten. Letztlich einigte man sich jedoch nur auf einen Mindestschutz, der Computerprogramme nur im „Quellen- oder Objektcode“, also nicht in jeglicher Form erfasst.

Diese Entwicklung beeinflusste schließlich auch die Verhandlungen der WIPO über ein mögliches Zusatzprotokoll zur RBÜ, den späteren WIPO Copyright Treaty. Da mittlerweile der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen international gängige Rechtspraxis geworden war, wurde in diesem Zusammenhang die Frage „Sonder- oder Urheberrechtsschutz“ ersichtlich nicht mehr diskutiert. Vielmehr einigte man sich schließlich auf einen gegenüber dem TRIPS weiter gehenden Computerprogrammenschutz⁹²⁰, der diese als literarische Werke im Sinne von Art. 2 RBÜ und „ungeachtet der Art oder Form des Ausdrucks“ erfasst⁹²¹. Ein umfassender und weit gehender, urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen wurde so letztlich international etabliert.

Neben dem außenpolitischen Druck mögen auch pragmatische Beweggründe für diesen Konsens letztlich entscheidend gewesen sein⁹²². Immerhin bestand im Be-

917 *“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods“.*

918 Dies wurde gleichzeitig mit der Gründung der World Trade Organization (WTO) am 19. April 1994 verabschiedet. Es ist am 1. Januar 1995 auch mit Wirkung für Deutschland in Kraft getreten.

919 Vgl. *Reinbothe*, ZUM 1996, S. 736.

920 Nur zur Klarstellung sei angemerkt, dass die Begriffe „Software“ und „Computerprogramm“ generell zu unterscheiden sind. Das Computerprogramm stellt neben der Programmbeschreibung und dem Begleitmaterial nur einen Bestandteil der Software dar, vgl. *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 18; *Balzert*, Lehrbuch der Softwaretechnik, S. 22 (a. A. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rdnr. 13). Da diese Unterscheidung hier nicht relevant ist, werden die beiden Begriffe jedoch synonym verwendet.

921 Die Einschränkung, Computerprogramme nur in deren Objekt- sowie Quellcode zu schützen sei deshalb ausgespart worden, da man sich nicht an – zu leicht überholte – technische Gegebenheiten binden wollte, vgl. *Kreile*, ZUM 1995, S. 815 (817).

922 Auch die ALAI, die sich zunächst für einen Sonderschutz der Computerprogramme, zumindest soweit diese den allgemeinen Schutzanforderungen des Urheberrechts nicht genügen,

reich des Urheberrechts bereits ein ausgeprägtes supranationales Schutzsystem. Dagegen hätte die Umsetzung eines Sonderrechtsschutzes in internationale Abkommen erheblichen Aufwand erfordert. Die Schwierigkeiten bei der internationalen Durchsetzung allgemeingültiger Normen mögen auch diejenigen Gesetzgeber abgeschreckt haben, die von den Vorzügen eines Sonderschutzes generell – sei es aus konzeptionellen, sei es aus anderen Gründen – überzeugt waren. Auch mögen andere Vorzüge des Urheberrechtsschutzes, z. B. gegenüber den Regeln des gewerblichen Rechtsschutzes, wie dessen formlose Entstehung und Reichweite, zu einem Einlenken geführt haben.

Abgesehen von dieser weit gehend harmonisierten Behandlung der Frage nach der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Software bestehen bis heute erhebliche Diskrepanzen in der rechtlichen Ausgestaltung des Schutzes. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass man sich innerhalb der internationalen Konventionen nicht auf eine detaillierte Regelung der Schranken einigen konnte. Stattdessen finden sich in TRIPS (Art. 13) und WCT (Art. 10) lediglich Auffangbestimmungen, die als Begrenzung der möglichen, im Detail aber den innerstaatlichen Bestimmungen überlassenen Beschränkungen des Urheberrechtsschutzes fungieren⁹²³.

B) Europäische Entwicklung

Ein weiter gehender Harmonisierungsgrad als im Konventionsrecht wurde schon wesentlich früher durch die Verabschiedung der europäischen Computerprogrammrichtlinie im EU-Raum erreicht⁹²⁴. Deren Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz erfolgte in fast wörtlicher Übernahme und ohne große Rücksicht auf

eingesetzt hatte, ließ sich schließlich von der Erkenntnis der Vorzüge des bequemen Urheberrechtsschutzes überzeugen, vgl. *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 1991, S. 687 (692 f.).

923 Nach diesem sog. „Drei-Stufen-Test“, sind Schrankenregelungen nur dann zulässig, wenn sie auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt sind, die die normale Verwertung des geschützten Werkes nicht verhindern und die schutzwürdigen Belange des Urhebers nicht in unzumutbarem Maße beeinträchtigen. Vorbild für diese Regelungen ist Art. 9 Abs. 2 RBÜ, ein höheres Harmonisierungsniveau konnte demgegenüber nicht erreicht werden. Ein höherer Harmonisierungsgrad wurde mit Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG in Europa erreicht. Deren Art. 5 lässt Schrankenregelungen nur noch im Rahmen eines nahezu (vgl. die Öffnungsklausel in Art. 5 Abs. 3 lit. o)) abschließenden Kataloges zu. In Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie ist zudem auch der Drei-Stufen-Test geregelt.

924 Die Computerprogrammrichtlinie (Richtlinie des Rates 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991, GRUR Int. 1991, S. 336 ff.) bildete den ersten Schritt auf dem Weg zu einer umfangreichen Harmonisierung des europäischen Urheberrechts.